

# PREDECIBILIDAD, DERECHO Y JUSTICIA EN F. A. HAYEK: ALGUNAS NOTAS CRÍTICAS

**Fernando Centenera Sánchez-Seco**

*Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alcalá*

Recepción: 4 de marzo de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 4 de mayo de 2014

**RESUMEN:** En la idea de Estado de Derecho que propone Hayek, la predecibilidad de las decisiones de los órganos públicos juega un papel importante. Para que esta sea posible, según Hayek es necesario que las normas no sean vagas. Por otra parte, el autor considera también que la predecibilidad de las decisiones judiciales aumentará, si quienes juzgan tienen en cuenta las ideas compartidas de lo que es justo. Aunque estas ideas resultan sugerentes en un primer momento, un estudio más detenido suscita numerosas reservas, tanto desde el punto de vista de la predecibilidad, como desde el de la justicia. En este estudio se exponen algunas reflexiones críticas sobre estos planteamientos.

**PALABRAS CLAVE.** Hayek, predecibilidad, vaguedad, orden espontáneo, justicia

**ABSTRACT:** According to Hayek's idea of the rule of law, the predictability of the decisions taken by public bodies plays a key role. In order for that to be possible, Hayek emphasises the need to avoid vagueness in the rules. Hayek also claims that the predictability of legal decisions will increase if those who judge bear in mind shared ideas of what is just. Although these approaches are attractive at first sight, closer inspection leads to a number of reservations in terms of predictability and of justice. This paper offers some critical reflections on Hayek's thoughts in this regard.

**KEYWORDS:** Hayek, predictability, vagueness, spontaneous order, justice

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RECOMENDACIÓN DE EVITAR LA VAGUEDAD. III. ¿CONDUCE SIEMPRE LA AUSENCIA DE VAGUEDAD A LA PREDECIBILIDAD? IV. LA MIRADA HACIA LA JUSTICIA. V. EL DESCUBRIMIENTO DE LAS NORMAS. VI. LA IDEA COMPARTIDA DE JUSTICIA. 1. Un primer acercamiento. 2. Una interpretación desde el orden espontáneo. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

La obra intelectual de Hayek comienza en la primera mitad del siglo pasado. Desde entonces, y a lo largo de los años siguientes, su pensamiento ha sido objeto de atención, tanto en el contexto intelectual como en el político<sup>1</sup>. En el periodo más reciente, donde asistimos al descuido de los derechos sociales<sup>2</sup> y a la reivindicación del liberalismo<sup>3</sup>, de nuevo la obra del autor parece recobrar actualidad haciéndose notar, como en otras ocasiones, en diferentes contextos. En todo este tiempo, muchos aspectos del pensamiento jurídico del autor han ido encontrando reflejo en obras y manifestaciones de diferente tipo. Sin embargo, su producción en este ámbito, todavía sigue ofreciendo numerosos reclamos para el estudio. En este trabajo nos vamos a detener en determinados aspectos del pensamiento hayekiano, que se presentan como recursos para favorecer la predecibilidad en el ámbito jurídico, y que desde diferentes puntos de vista, nos remiten a la cuestión de la justicia. Se trata de cuestiones que, a nuestro entender, no parece que hayan encontrado un desarrollo especialmente significativo.

La idea de Estado de Derecho hayekiana supone la exigencia de determinadas características formales para las normas, como la generalidad o el hecho de que puedan ser entendibles. De este planteamiento se derivan otras solicitudes entre las que encontramos la de evitar la vaguedad en su texto. Ello no ha de extrañar, si se tiene en cuenta la preocupación reiterada que muestra Hayek en numerosas obras por el lenguaje<sup>4</sup>. En base a su propuesta, podría decirse que para el autor vienés es necesario evitar la vaguedad para así poder hacer posible la predecibilidad de las decisiones de los órganos públicos; un presupuesto que, a su vez, juega un papel protagonista en la idea de Estado de Derecho desarrollada por Hayek. El planteamiento resulta sugerente, pero al menos formulado en los términos en los que aparece en *Camino de servidumbre*, suscita numerosas reflexiones. En este estudio dejamos constancia de ellas, tanto en lo que respecta a las consecuencias que pudieran derivarse si se toma el discurso en cuestión en términos absolutos, como en lo referente a la desatención que quizá pudiera percibirse en él, en cuanto a determinados aspectos de justicia que no deben obviarse.

Lo cierto es que el esquema de Estado de Derecho hayekiano no ha quedado libre

1 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek: el retorno del viejo espíritu liberal", AA.VV. (García Amado, J. A., coord.) *El derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, 2001, pp. 88, 89. Sobre la cuestión, a propósito de aspectos más concretos, MINC, A. *Los profetas de la felicidad. Una historia personal del pensamiento económico*, Barcelona, 2005, p. 153; KLEIN, N. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, 2007, pp. 84, 177 y ss.

2 BOBBIO, N. *Teoría general de la política*, Madrid, 2003, p. 538.

3 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit., p. 59.

4 HAYEK, F. A. *Derecho, legislación y libertad*, vol. 1. Normas y orden, Madrid, 1978, pp. 51 y ss.; HAYEK, F. A. *Camino de servidumbre*, Madrid, 1978, pp. 196 y 197; HAYEK, F. A. *La fatal arrogancia*, Madrid, 1990, pp. 173 y ss.

de crítica. En numerosas ocasiones se ha constatado que en aquel la justicia carece de un reconocimiento adecuado. Sin embargo, convendría apuntar que un estudio más detenido del sistema jurídico que propone el autor, evidencia que en él la idea de justicia sí que se encuentra presente, aunque bien es cierto que no en una medida suficiente. En principio, cabría señalar que en su discurso aquella se puede localizar en las características formales solicitadas para las normas, pero este no es el único ámbito que debe tenerse en cuenta. Un análisis más heterogéneo nos muestra un sistema jurídico conformado por legislación, pero también por otras normas de diferente tipo, que deberán descubrirse en el ejercicio de la labor judicial. Este esquema guarda ciertos parecidos con la propuesta que presenta Dworkin, y quizá en algunos de sus argumentos puedan verse aspectos sugerentes con vistas a la obtención de mayores grados de predecibilidad. En este trabajo nos referimos a estas cuestiones, y presentamos también algunas razones que invitan a cuestionar la última afirmación señalada, así como aquella –quizá deducible del planteamiento hayekiano–, de que la labor de descubrimiento del derecho resulta más sugerente en términos de predecibilidad, que la de creación de aquel.

En el análisis de la cuestión de la predecibilidad en el pensamiento de Hayek, resulta también interesante centrar la atención en los extractos que hacen referencia a la idea compartida de justicia. En ocasiones, el autor señala que es posible conseguir niveles mayores de predecibilidad, si en los tribunales se tiene en cuenta aquella idea compartida de justicia en la comunidad. La toma en consideración de dicho factor suscita numerosos interrogantes. Probablemente el primero de ellos sea el que nos remite a la cuestión de cómo han de entenderse las palabras del autor. En un principio, pudiera pensarse que nos encontramos ante la solicitud de tener en cuenta la opinión pública por parte de los tribunales. Sin embargo, en una aproximación más coherente con el pensamiento del autor, sería posible bosquejar otras interpretaciones. En cualquier caso, ambas direcciones suscitan varias reservas de las que también dejaremos constancia.

## II. LA RECOMENDACIÓN DE EVITAR LA VAGUEDAD

La solicitud de elaborar normas que sean entendibles para la audiencia tiene una larga tradición. Como es sabido, en la Ilustración existió la idea de que sería posible tener normas claras, perfectamente conocidas por todas las personas, capaces de otorgar con su claridad una seguridad jurídica casi absoluta. Entonces fueron numerosas las manifestaciones que solicitaron un lenguaje normativo dotado de características tales como precisión, claridad o sencillez<sup>5</sup>. Mucho tiempo después, estas ideas se han ido renovando en diferentes trabajos, aunque reformuladas, y con frecuencia a propósito del estudio del imperio de la ley. El pensamiento liberal se ha presentado como defensor de aquel, en un discurso en el que juega

5 ZAPATERO, V. "El arte ilustrado de legislar", en BENTHAM, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2004, pp. LIX y ss.; PRIETO DE PEDRO, J. "Lenguaje jurídico y Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, p. 112.

un papel relevante la garantía de los derechos individuales<sup>6</sup>. En este contexto pensamos que pueden tener cabida algunos textos de la obra *Camino de servidumbre* de Hayek<sup>7</sup>, que nos interesa analizar en este momento. En dicho trabajo el autor concibe la idea de Estado de Derecho como el sometimiento del Estado a normas fijas y conocidas, que permiten prever cómo usará la autoridad su poder. Esta circunstancia, que diferencia a un país libre de aquel que tiene un gobierno arbitrario, permite a las personas establecer sus planes de vida<sup>8</sup>. El planteamiento no es desde luego genuino de la obra citada. Es posible localizar desarrollos en la misma línea en *Los fundamentos de la libertad*, donde se hace referencia a las leyes conocidas y ciertas<sup>9</sup>, y en *Individualismo: el verdadero y el falso*, donde se hace referencia a las reglas "definidas en términos de lo que pueden conocer las personas que actúan"<sup>10</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha considerado que para Hayek, el único medio para garantizar la previsibilidad es la producción de normas que sean fijas, estables y claras<sup>11</sup>. De la pretensión de claridad normativa en el pensamiento del autor, se deriva la solicitud de evitar la vaguedad en el texto normativo, pues con ello se aumenta la discrecionalidad y la incertidumbre. La exposición de Hayek confirma de manera explícita esta idea. Para él fórmulas como "justo" o "razonable" requieren que se entregue "la decisión del caso concreto a la discreción del juez o de la autoridad correspondiente". Si se tienen en cuenta determinados contextos históricos, continúa Hayek, podrá observarse que fórmulas vagas en las normas, como las expuestas, han contribuido al ocaso de la supremacía de la ley. El caso concreto al que se refiere es el del nazismo en Alemania<sup>12</sup>. De todo lo dicho, cabría concluir que para Hayek es necesario evitar las fórmulas vagas, dado que de lo contrario se estarían abriendo las puertas al aumento de la arbitrariedad y discrecionalidad de los órganos que han de llevar a cabo la aplicación del derecho. Esta circunstancia, a su vez, repercutiría negativamente en el ámbito de la seguridad, dado que las personas tendrían más incertidumbre a la hora de predecir las decisiones que adoptarán los órganos públicos. Asimismo, ello dará también como resultado un déficit en el ámbito de la libertad, dado que aquella incertidumbre no permitirá hacer planes de vida. Teniendo en cuenta todo ello, parece evidente que la previsibilidad resultará claramente afectada si la vaguedad hace acto de presencia en los textos normativos.

Ciertamente, la propuesta de Hayek que acabamos de exponer resulta consistente. Sin embargo, podríamos preguntarnos si sería conveniente asumirla con carácter absoluto

6 LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, p. 84.

7 La contextualización pensamos que se aprecia en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *La transición paradigmática del a teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Madrid, 2009, p. 109.

8 HAYEK, F. A. *Camino*, cit., pp. 103 y 104.

9 HAYEK, F. A. *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, 1991, p. 264. La cuestión de la claridad parece estar presente también en esta obra en la p. 189.

10 HAYEK, F. A. *Individualismo: el verdadero y el falso*, Madrid, 2009, p. 70.

11 FERNÁNDEZ GARCÍA, E. "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho", AA.VV. (López García, J. A. y Del Real, J. A., eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, 2000, p.104. Sobre la conexión estrecha en el pensamiento liberal, entre no arbitrariedad y la exigencia de actuación del poder en base a reglas claras, generales, etc., pueden consultarse las referencias que considera DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *La transición*, cit., p. 109.

12 HAYEK, F. A. *Camino*, cit., p.110.

o, en otras palabras, si su seguimiento reporta en todo caso buenos resultados a propósito del tema que tratamos. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado. Antes, no obstante, quisiéramos dedicar unas líneas a una idea que se observa detrás de la propuesta expuesta. Hayek parece entender que la planificación estatal lleva consigo vaguedad en los textos normativos. El siguiente extracto resulta muy representativo de lo que decimos: "...a medida que se extiende la planificación se hace normalmente necesario adaptar con referencia a lo que es «justo» o «razonable» un número creciente de disposiciones legales"<sup>13</sup>. Ciertamente, se ha dicho que el Estado social reclama normas de textura abierta<sup>14</sup>. Sin embargo, no parece apropiado establecer una conexión necesaria entre vaguedad normativa y Estado planificador. Ronald Hamowy, antiguo alumno de Hayek, pensamos que de algún modo llegó a constatar esta circunstancia, al manifestar que muchas políticas económicas que Hayek consideraría coactivas, podrían tener lugar a partir de una regla general con todas las características solicitadas por el autor<sup>15</sup>. Trasladado este argumento a nuestro objeto de estudio vendría a decir lo siguiente: es posible que, al menos determinadas políticas públicas del Estado planificador, puedan encontrar reflejo en normas sin vaguedad en sus textos.

Por otra parte, no hay que olvidar que Hayek sí que admite ciertos mínimos de intervención estatal, dado que no niega que el poder coercitivo sea necesario, sino que pretende limitar dicho poder<sup>16</sup>. En tal caso, y si somos consecuentes con el argumento del autor que hemos expuesto recientemente, ¿no se está admitiendo de alguna forma la vaguedad que, según el argumento en cuestión, debe desecharse? Quizá no sea correcto atribuir a Hayek una relación necesaria entre vaguedad y Estado planificador, recordemos que dice "se hace normalmente necesario", o "un número creciente de disposiciones". Es decir, podría entenderse que para él no en todo caso (pero sí en la mayoría de los casos) la planificación lleva consigo vaguedad normativa. Sin embargo, cabría preguntarse a partir de qué punto la planificación requiere vaguedad en los textos normativos, ¿sería desde el momento en el que se sobrepasan los límites de las intervenciones mínimas que –no sin evidenciar algunos problemas de coherencia<sup>17</sup>– admite el autor? No parece que necesariamente deba ser así. A propósito de esta cuestión, y de la idea de que la planificación conduce en términos generales a la vaguedad de los textos normativos, pueden resultar interesantes aquellas propuestas que, con ocasión del estudio de las exigencias de las leyes en un contexto de justicia distributiva, se refieren a la precisión, la claridad y la generalidad<sup>18</sup>.

13 HAYEK, F. A. *Camino*, cit., p. 110.

14 GALIANA SAURA, A. *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, 2003, p. 65; que cita a Aarnio.

15 CALDWEL, B. "Los cincuenta años de *Los fundamentos de la libertad*", *Estudios públicos*, 120, 2010, p. 43.

16 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 68.

17 Tal planteamiento no puede pronunciarse sin, al mismo tiempo, constatar cierta ambigüedad. Por un lado, Hayek se muestra crítico con los niveles importantes de desigualdad y, por otro, considera que la asistencia estatal en tales casos no constituye sino la apropiación de los bienes de otras personas. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. pp. 86, 91.

18 LAPORTA, F. J. *El imperio*, cit., pp. 161-163.

### III. ¿CONDUCE SIEMPRE LA AUSENCIA DE VAGUEDAD A LA PREDECIBILIDAD?

Como ya hemos visto, en el desarrollo precedente la ausencia de vaguedad normativa se encuentra relacionada de algún modo con la no discrecionalidad y la certidumbre en el planteamiento de Hayek. A propósito de este discurso, también señalamos que, a nuestro entender, el argumento es consistente. La comparación entre una norma y un folleto que acompaña a la compra de un ordenador, puede resultar ilustrativa de este planteamiento. Si quien se dispone a instalar un ordenador maneja un libro de instrucciones repleto de vaguedades, difícilmente podrá realizar este ejercicio correctamente. Por otra parte, quien observase esta escena tendría numerosas dudas acerca de si aquella persona logrará finalmente llevar a cabo la instalación con éxito. Del mismo modo, puede entenderse que si el texto de la norma acusa la presencia de zonas de penumbra derivadas de la vaguedad, existirán más problemas para guiar el comportamiento en atención al texto normativo<sup>19</sup>. También en estas circunstancias, surgirían dudas a la hora de predecir cuál será la respuesta institucional que pudiera tener un comportamiento determinado. Con razón, desde la parcela penal, se ha dicho que el efecto disuasorio en cuanto al ejercicio de derechos, queda reforzado cuando el precepto es indeterminado, puesto que genera incertidumbre en cuanto al contenido o en cuanto al punto en el que se encuentra la intervención judicial, algo que a su vez, puede suscitar un efecto inhibitorio a la hora de ejercer los derechos<sup>20</sup>.

Efectivamente, en términos generales entendemos que es muy plausible la defensa de la tesis expuesta. Cabría, sin embargo, cuestionarse acerca de si el anterior discurso se cumple en todo caso, es decir, si la vaguedad siempre supone un déficit, teniendo en cuenta los presupuestos del imperio de la ley. Antes de ello, no obstante, debe reflexionarse acerca de si es posible afirmar que este punto de vista se encuentra presente en el planteamiento de Hayek. Ciertamente, podría decirse que no es claro si la propuesta del autor tiene un carácter rígido en relación a la cuestión que venimos tratando. Una interpretación amplia de su pensamiento sobre el imperio de la ley, podría invitar a dar una respuesta negativa, dado que aquel se presenta en ocasiones como un ideal, una aspiración a la que ha de tenderse<sup>21</sup>. Sin embargo, una interpretación más concreta, centrada en el discurso sobre el lenguaje normativo, nos invita a pensar que la negativa de Hayek en relación a la inclusión de términos vagos en la legislación, sí que parece defenderse, si no en todo caso (dado que, según el autor, el legislativo es falible), sí en todo lo posible<sup>22</sup>. Esta parece ser la percepción que tiene Fuller, cuando, en un tono crítico, centrando la atención en algunas de las ideas

19 Adaptamos el ejemplo que aparece en SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYESEKERE, N. *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, 2001, p. 256.

20 NAVARRO FRÍAS, I. "El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2, 2010, pp. 22, 23.

21 En HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 264; se dice que la completa certeza de la ley es un ideal. La idea se encuentra también en HAYEK, F. A. *Camino*, cit., pp. 103 y 104.

22 HAYEK, F. A. *Camino*, cit., p. 104.

a las que nos referíamos anteriormente, dice lo siguiente: "...hay necesidad de distinguir cuando tropezamos con la condenación general de Hayek contra las disposiciones legales que requieren lo que es «justo» o «razonable»"<sup>23</sup>. Esta idea vendría además avalada por la apuesta de Hayek por una producción normativa limitada, que surge a consecuencia de las fricciones entre derechos enfrentados que pueden tener lugar en ocasiones. Según el autor, la norma nacería precisamente para evitar tales fricciones, para comunicar a la ciudadanía de forma clara en qué consiste cada uno de los derechos<sup>24</sup>. De nuevo, no parece que en tal esquema exista un lugar para la vaguedad.

En el caso de que se acepte esta interpretación, el planteamiento hayekiano podría ser susceptible de réplica; no parece que la intención de evitar la vaguedad normativa conduzca siempre a la predecibilidad<sup>25</sup>. Así, se ha constatado que el hecho de no recurrir en ningún caso a enunciados vagos, probablemente dará como resultado un aumento de discrecionalidad<sup>26</sup>. En esta línea argumentativa podría decirse que el reemplazo de una ley vaga por otra más clara y precisa, no en todo caso acerca al ideal del imperio de la ley. La experiencia demuestra que leyes claras y precisas han estimulado el ingenio interpretativo de quienes aplican el derecho, dando como resultado una vaguedad pragmática desmedida<sup>27</sup>. Con vistas a evitar este resultado, resulta sugerente el planteamiento que recuerda que, por diferentes razones, entre las que encontramos por ejemplo la variación en los casos individuales a propósito de aspectos impredecibles, la legislación deberá recurrir a *standards* como, por ejemplo, "el precio justo" o "un sistema seguro de trabajo"<sup>28</sup> (Hayek tendría en cuenta la ignorancia de las circunstancias a la hora de fundamentar la característica de la generalidad normativa<sup>29</sup>, pero no parece que sea así cuando se refiere a la vaguedad, al menos si se admite el carácter de su propuesta constatado anteriormente). La conveniencia ocasional de la vaguedad puede traer también causa de otras razones. Como es sabido, Fuller incluye entre los *desideratum* de la moral interna del derecho la claridad, y admite además posibles déficits en este ámbito, recurriendo a lo que él denomina principio de utilidad, en el caso de que aquella aspiración se enfrentase a otras de la moral interna, o bien a determinados contenidos de la moral externa<sup>30</sup>. Tal esquema se enfrenta a la propuesta hayekiana (que, como se dijo, critica Fuller explícitamente), de carácter rígido en lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, y también da cuenta de determinados factores que convendría sopesar a la hora de valorar la conveniencia o no de la vaguedad; que no son otros que los que conforman las morales

23 FULLER, L. L. *La moral del derecho*, México, 1967, p. 76.

24 En HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 189.

25 Esta cuestión se desarrolla en CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F. "Los paradigmas de redacción normativa como medio para alcanzar la seguridad: ¿una apuesta segura?", *Ius Humani. Revista de Derecho*, 3, 2012/2013, pp. 206 y 207.

26 MORESO, J. J. "Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)", *Doxa*, 24, 2001, pp. 537 y 538.

27 ENDICOTT, T. A. O. *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, 2006, pp. 281 y 282.

28 HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, 1961, p. 163.

29 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 191.

30 FULLER, L. L. *La moral*, cit., 1967, pp. 55 y 56.

interna y externa del derecho. Ciertamente, debe reconocerse que esta opción, que asume la conveniencia razonada de la vaguedad en determinadas ocasiones, conlleva también la asunción de cierta incertidumbre, pero a nuestro entender aquella no será superior a aquella vaguedad pragmática desmedida, a la que nos referimos en otro momento, que pudiera tener lugar en sede judicial.

Si se aceptan las reflexiones recientemente expuestas, con ello debería también cuestionarse el carácter necesario en la relación entre predecibilidad y ausencia de vaguedad. Podría pensarse, no obstante, que las reflexiones del párrafo anterior no se sitúan en el plano de desarrollo en el que argumenta Hayek, es decir, que se fijan en lo que pudiera pasar en realidad, o en lo que pasa en ocasiones; pero no en la esfera del "debe ser", que es el plano en el que se encuentra la propuesta del autor vienes cuando se refiere al Estado de Derecho<sup>31</sup>. Desde esta perspectiva, el planteamiento podría formularse del siguiente modo: para que sea posible la predecibilidad, las normas no han de tener vaguedad en su texto y se han de aplicar. Lo cierto es que la lectura de determinados párrafos del autor, parece confirmar este planteamiento. Hayek considera que para que el Estado de Derecho sea eficaz, más importante que el contenido de la norma es que ésta se aplique en todo caso; incluso en aquellos supuestos en los que se sienta que la aplicación es injusta. De este modo, se permite prever de forma correcta la conducta de las demás personas, que, como sabemos, es un aspecto que cobra especial relevancia en la exposición hayekiana sobre el Estado de Derecho<sup>32</sup>.

Sin embargo, el punto de vista expuesto suscita importantes reservas. El hecho de que deba evitarse la vaguedad en el texto normativo, para así, mediante la aplicación de la norma, conseguir importantes grados de predecibilidad, y con ello, seguridad y libertad, olvida que además de estos valores (que, no obstante, como veremos tienen un alcance limitado en la propuesta hayekiana), también existen otros aspectos de justicia que deben tenerse en cuenta. Consideremos el siguiente supuesto<sup>33</sup>. Una norma obliga a limpiar la nieve de las aceras a las personas que viven en los inmuebles colindantes a aquellas, para así evitar posibles accidentes de viandantes. No obstante, la misma norma establece también que en el caso de que una persona sufra un accidente, a consecuencia del mal estado de la acera ocasionado por la nieve que no se ha limpiado, podrá interponer una demanda. A continuación, sin incurrir en vaguedades, el texto normativo establece además que la demanda deberá presentarse en un plazo de 24 horas, después de que el accidente haya tenido lugar. Supongamos que tras la publicación de esta norma, una persona sufre una caída en una de aquellas aceras, por un barrio por el que apenas transitan personas, con tan mala suerte que se queda inconsciente.

31 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 260. Laporta, apostillando una nota de Hayek, se refiere a esta distinción entre "ser" y "deber ser", a propósito del imperio de la ley. Ver LAPORTA, F. J. "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", *Doxa*, 15-16, 1994, p. 134. En este lugar constata que con dicha expresión no se está describiendo lo que "es" el Derecho, sino que dice "cómo debe ser" el Derecho.

32 HAYEK, F. A. *Camino*, cit., p. 112.

33 Se trata de un ejemplo que, aunque no en idénticos términos, puede localizarse en FULLER, L. L. *Anatomía del derecho*, [Caracas], 1969, pp. 70-72.



Cuando se reincorpora se dispone a demandar, pero llega cuando ya han pasado más de 24 horas. La aplicación de la propuesta recientemente expuesta a estas circunstancias, daría como resultado la no admisión a trámite de la demanda. Sin embargo, en este desenlace parece que se hace necesaria, siquiera, una reflexión sobre la justicia; una reflexión a la que el planteamiento hayekiano, al menos según la interpretación del mismo bosquejada hasta el momento, no parece dejar lugar. Ciertamente, podría darse la circunstancia de que la gestión de un caso en base al derecho positivo dé un resultado injusto; y en este sentido habría que entender que aunque el imperio de la ley pueda constituir un presupuesto necesario para la justicia, no es suficiente<sup>34</sup>.

#### IV. LA MIRADA HACIA LA JUSTICIA

Teniendo en cuenta las líneas que perfilan el Estado de Derecho hayekiano, se ha considerado que su propuesta resulta insuficiente, pues aunque la legalidad se presenta como una parte del Estado de Derecho, éste se identifica con una legalidad que no lesiona determinados valores. Desde esta postura se entiende que las normas han de estar en sintonía con las ideas de justicia<sup>35</sup>. Ciertamente, las notas sobre el Estado de Derecho hayekiano que consideramos anteriormente, dan lugar a reflexiones críticas como la expuesta. Sin embargo, pensamos que no sería correcto decir que Hayek no tiene en cuenta el tema de la justicia si, en un esfuerzo por realizar una interpretación consistente del pensamiento jurídico del autor, reconsideramos el mismo centrando la atención en determinados aspectos que, aunque pueda considerarse que de algún modo están presentes en el planteamiento hasta el momento expuesto, se pueden percibir más claramente<sup>36</sup> en obras como *Derecho, legislación y libertad*, o *Los fundamentos de la libertad*.

En principio debe decirse que, en alguna medida, es posible advertir la idea de justicia en las solicitudes de carácter formal que propone el autor. Tratando la característica de la generalidad en las normas, Hayek –aunque llegando a conclusiones difícilmente asumibles a la luz de los ordenamientos jurídicos actuales<sup>37</sup>– ve en ella un camino hacia la justicia, concretado en la libertad y la igualdad. Cabría añadir además que para el autor la consecución de esta justicia resulta más fácil en los sistemas del *Common law* que en los continentales, dado que en aquellos la característica de generalidad es prácticamente inherente a su normativa<sup>38</sup>. Estas afirmaciones, sin embargo, no quedan libres de réplica a nuestro juicio. Por una parte, resulta cuestionable atribuir una mayor generalidad a los precedentes que

34 LAPORTA, F. J. *El imperio*, cit., p. 218.

35 FERNÁNDEZ GARCÍA, E. "Hacia un concepto", cit., p. 104.

36 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. p. 62.

37 "La gran mayoría de las denominadas leyes son más bien instrucciones que proceden del Estado y se dirigen a sus funcionarios determinando la forma en que dichos servidores han de regir el aparato del gobierno y los medios que se hayan a su disposición". HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 262. Si nuestra interpretación es correcta, en este punto se está negando la categoría de ley a las reglas secundarias, según la terminología hartiana. HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 99.

38 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 140; HAYEK, F. A. *Libertad bajo la ley*, s. I., 1991, p. 6.

a las leyes propiamente dichas<sup>39</sup>, y también la idea –que quizá pudiera desprenderse del planteamiento del autor– de que son posibles grados mayores de predecibilidad en este contexto<sup>40</sup>. Por otra parte, quizá pueda resultar sugerente la idea de percibir cierta justicia en la característica de generalidad normativa. Si nuestra interpretación del planteamiento del autor es correcta, lo que vendría a decir es lo siguiente: si las leyes son generales y, por tanto, se aplican a todas las personas, será bastante improbable que quienes gobiernan adopten leyes que sean opresivas; precisamente porque se aplicarán también en su caso, constituyendo así un factor de opresión también en tal supuesto<sup>41</sup>. Por extensión, el argumento podría aplicarse también a la solicitud de hacer normas sin vaguedades, algo que podría redundar en la consecución de la justicia material, si se acepta el argumento fullariano de afinidad entre moral interna del derecho y moral externa<sup>42</sup>. A este argumento podría oponerse el de que lo anterior sería compatible con una gran iniquidad<sup>43</sup>, pero las reservas irían más allá. El autor maneja un concepto de opresión restringido, que olvida la opresión que se sufre cuando, por ejemplo, no se tiene suficiente dinero para estudiar, al menos en determinados niveles. Dice Hayek que las normas que son generales protegen de forma más efectiva la

39 Con razón se ha dicho que las razones que se aportan a propósito de un caso individual no constituyen una regla general. Este resultado, sin embargo, sí que es posible desde el punto de vista de la producción legislativa. Ver sobre ello YOWELL, P. "Legislación, *common law*, y la virtud de la claridad", *Revista Chilena de Derecho*, 39/2, 2012, p. 510. Ciertamente, desde esta última perspectiva no se ofrece una total satisfacción en cuanto a la predecibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, resulta muy plausible pensar que la predecibilidad que aportan las normas es mayor que la que se deriva de la sintetización de los resultados de determinados casos; sintetización que, por cierto, en numerosas ocasiones es únicamente eso, una sintetización de resultados, que no incluye necesariamente la *ratio* que subyace en ellos. Véase nuevamente el interesante trabajo de YOWELL, P. "Legislación", cit., p. 510.

40 La idea expuesta se muestra muy sugerente si se tiene en cuenta que los precedentes han ido recogiendo aspectos de la costumbre o la tradición. Podría entenderse, por tanto, que aquellos suponen un interesante recurso, ya conocido, que puede aportar certidumbre a la hora de predecir el resultado judicial. Sin embargo, en relación a esta cuestión convendría también recordar que la comunicación mediante ejemplo no está libre de indeterminaciones (HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 156). Un tribunal puede perfectamente resolver un caso de forma contraria a un precedente, teniendo en cuenta alguna excepción no contemplada o que quedó abierta (HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 168). La aceptación de esta perspectiva conlleva reconocer que no hay dos casos iguales y que, aunque puedan encontrarse parecidos, el análisis en detalle siempre descubrirá determinadas propiedades que harán del caso de que se trate algo irrepetible (LAPORTA, F. J. "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", AA.VV. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009, p. 85). Efectivamente, no puede hablarse de analogía perfecta entre dos casos, y si esto es así, con ello habrá de reconocerse que podrán surgir dudas a la hora de aplicar la *ratio* de un caso anterior a un caso acontecido con posterioridad (YOWELL, P. "Legislación", cit., p. 510). Es cierto que en relación a esta cuestión, convendría reseñar que la no aplicación de la *ratio* de los precedentes no encuentra su fundamento último en la ausencia de identidad entre dos casos, sino en el hecho de encontrar una diferencia que sea relevante desde el punto de vista jurídico (sobre la cuestión HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 168). Puede consultarse también GARRIDO GÓMEZ, M<sup>a</sup>. I. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, 2009, p. 261; CROSS, R. y HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho inglés*, Madrid, 2012, p. 128). Pero tampoco puede decirse que estos parámetros ofrezcan un cauce perfectamente delimitado, capaz de guiar la labor judicial en una única dirección (quizá a ello se esté refiriendo Hart, cuando señala que "...la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva". HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 168). La determinación de aquella relevancia parece que debe pasar también por el test de la gradualidad, porque, ¿cuándo podemos decir que existe aquella diferencia relevante? Ciertamente, habrá casos evidentes, pero otros quedarán enmarcados en la zona de penumbra.

41 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., pp. 266, 267.

42 FULLER, L. L. *La moral*, cit., pp. 174 y ss.

43 HART, H. L. A. *El concepto*, cit., pp. 255 y 256.

vulneración de la libertad individual<sup>44</sup>, pero con ello deja a un lado el carácter positivo de la libertad<sup>45</sup> y también, al menos en parte –más allá de los mínimos de intervención que admite, no sin problemas como se señaló– que para que aquella pueda ser posible o, dicho de otra forma, para que pueda hablarse de libertad real<sup>46</sup>, es condición necesaria tener cubiertas determinadas necesidades radicales, de mantenimiento o de mejora<sup>47</sup>. Cabría añadir además que el análisis a propósito de los beneficios para con la igualdad tampoco es completo. En el discurso hayekiano se está considerando un concepto de igualdad que atiende a la tradición liberal, que no encuentra justificación para la idea de que todas las personas comiencen desde el mismo punto de partida<sup>48</sup>, que por tanto descuida las desigualdades naturales<sup>49</sup>, que desconoce que el enfrentamiento entre leyes singulares y la igualdad no conduce necesariamente a la vulneración del principio de igualdad jurídica<sup>50</sup>, y que entiende lo contrario como servidumbre<sup>51</sup>. En cualquier caso, el planteamiento expuesto no parece dar una solución al supuesto que habíamos planteado anteriormente.

Debe constatar, no obstante, que el análisis del pensamiento hayekiano sobre la justicia no se agota en lo dicho hasta el momento. El autor era consciente de que aunque las reglas claras y fijas puedan dar resultados positivos en muchos casos, los casos difíciles harán "mala la ley"<sup>52</sup>. De este modo, ante la demostración de Hamowy de que las condiciones normativas hayekianas no garantizan la igual libertad y son compatibles con discriminaciones, cabría señalar que para Hayek las características formales, aunque necesarias, no son suficientes<sup>53</sup>. A este argumento, no obstante, cabría oponer la idea del autor que consideramos anteriormente, de que las normas deberían de aplicarse, aun a pesar de que ello conlleve la obtención de resultados injustos. Tal réplica, no obstante, quizá podría sortearse si se interpreta el discurso del autor teniendo en cuenta que en el punto que nos ocupa, lo que está solicitando es –no que el contenido de las normas se aplique en sede judicial sin excepción, sino– que el contenido de las normas se extienda en sede legislativa a todas las personas, sin hacer distinciones. Si se ven las cosas desde este punto de vista, cuya fundamentación vendría reforzada por el contexto de oposición al Estado planificador en el que Hayek desarrolla su discurso, entendemos que no sería correcto dirigir al autor la crítica

44 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit. p. 266.

45 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. pp. 72, 90.

46 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. pp. 73, 90, 92.

47 PECES-BARBA, G. "Legitimidad del poder y justicia del Derecho", AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2ª edición, 2000, pp. 335 y 336.

48 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 87.

49 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. p. 83.

50 GALIANA SAURA, A. *La legislación*, cit., p. 64.

51 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 87. La idea parece ser una herencia de Tocqueville, y en ella encontramos el *leitmotiv* del pensamiento hayekiano. Recordemos que incluso una de sus obras lleva por título *Camino de servidumbre*.

52 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., pp. 70, 71.

53 MONTOYA, J. y GONZÁLEZ ALTABE, P. "Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 23.

de que en casos como el que planteamos, su sistema jurídico no da opción a una reflexión sobre la justicia. Sin embargo, y como vamos a ver en las siguientes líneas, la asunción de este punto de vista no queda exento tampoco de importantes objeciones.

En el pensamiento jurídico hayekiano el Estado de Derecho no se identifica con cualquier sistema de leyes. En él la ley no es en todo caso una creación de las personas, y no ha de ser el instrumento del poder, sino su límite<sup>54</sup>. Esta reflexión que tanto recuerda al iusnaturalismo<sup>55</sup>, reenvía directamente a la conclusión de que existe un derecho más allá de las normas positivizadas. Efectivamente, en el pensamiento de Hayek todas las leyes han de conformarse con determinados principios; además de las normas positivas, existen otras que no es posible plantear de forma explícita<sup>56</sup>. Es decir, cuando el autor se refiere al sistema, incluye en dicho término no únicamente las normas escritas, sino también las que aún no lo están. Estas normas se encuentran implícitas en el sistema o han de ser descubiertas<sup>57</sup>. De este modo, se diferencia entre legislación y leyes que recogen el contenido de un orden espontáneo<sup>58</sup>. En otras palabras, recurriendo a la terminología que utiliza el autor, nos encontramos con las normas de organización, denominadas *thesis*, y normas generales de justa conducta, denominadas *nomos*<sup>59</sup>, que dan cuenta de los acuerdos naturales<sup>60</sup>. Si esto es así, parece que habría que entender que el planteamiento de Hayek no es tan ajeno a la idea de justicia, como pudiera intuirse a la luz del planteamiento anteriormente expuesto. Prueba evidente de ello es que cuando se refiere a las reglas no explícitas, alude a ellas con la expresión de "manifestaciones del sentido de justicia"<sup>61</sup>.

El esquema recientemente expuesto confirma que no es posible dirigir a Hayek críticas como las que consideramos a propósito de casos como el que presentamos anteriormente. Si retomamos el ejemplo en cuestión, parece que podría decirse que según la propuesta del autor vienés, en esta ocasión sí que sería posible plantear una reflexión en términos de justicia –mediante el recurso al *nomos*–, en cuanto al ejercicio de aplicar la norma en cuestión. Sin embargo, este planteamiento abre nuevos espacios para la reflexión. A nuestro juicio, la asunción de este punto de vista, a fin de cuentas, aun cuando permite una argumentación en el sentido expuesto, parece conducir al resultado que precisamente trataba de evitarse en el planteamiento anterior. Como ya sabemos, en base al mismo cabe entender que la claridad

54 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol.1, cit., pp. 153, 154. Puede consultarse también DE LA NUEZ, P. "Leyes y conocimiento en la teoría jurídica hayekiana: la ley como resultado de la ignorancia y falibilidad humanas", AA.VV. (Sánchez de la Torre, A. y Hoyo Sierra, A., eds.) *Textos jurídicos y contextos sociales en F.A. Hayek*, Madrid, 2011, p. 143.

55 En algún momento el autor se refiere a la idea de naturaleza en Luis de Molina, como "antecedente" de su propuesta sobre el orden espontáneo. HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 41.

56 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., pp. 260, 264; HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 71.

57 HAYEK, F. A. *Derecho, legislación y libertad*, vol. 2. El espejismo de la justicia social, Madrid, 1979, p. 56.

58 VELARDE, C. *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*, Madrid, 1994, pp. 255, 256.

59 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., pp. 151 y ss.

60 Sobre la cuestión puede consultarse DE LA NUEZ, P. "Leyes", cit., p. 142; HOYO SIERRA, I. A. "Nomos: la ley de la libertad en el pensamiento de F. A. Hayek", AA.VV. (Sánchez de la Torre, A. y Hoyo Sierra, I. A., eds.) *Textos jurídicos y contextos sociales en F.A. Hayek*, Madrid, 2011, p. 118.

61 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 265.

en las normas hace posible la predecibilidad, y que no conviene utilizar fórmulas vagas, dado que con ellas se promoverá la incertidumbre. En esta ocasión, no obstante, nos encontramos con que la labor tendente a descubrir los principios implícitos en el sistema de normas o en el *nomos* por parte de quienes juzgan, parece conceder en sede judicial la discrecionalidad –incluso con niveles mayores– que justamente se pretendía evitar con el planteamiento anterior. En relación a esta cuestión, quizá sea interesante recordar que a la hora de analizar la zona marginal de las reglas, Hart considera que en estos casos el tribunal lo que hace es producir reglas, una función que también desempeñan las instituciones administrativas cuando crean *standards* (reglas generales, pensamos que podría entenderse)<sup>62</sup>. A nuestro entender, lo que hace Hayek en el planteamiento considerado anteriormente es mostrar su oposición a la opción de textos normativos vagos, con el fin de evitar la discrecionalidad judicial y con ello el déficit en la predecibilidad, para otorgar a los tribunales unas facultades parecidas en términos de discrecionalidad, y con resultados parecidos –o peores en nuestra opinión–, en la labor que desempeñan descubriendo la justicia en el orden espontáneo. Bien es cierto que el autor no lo entiende así. En el fundamento de su propuesta probablemente deban verse algunos de los aspectos que consideraremos en los siguientes apartados. Sin embargo, como trataremos de poner de manifiesto, tampoco estas cuestiones quedan libres de objeción.

A propósito del esquema normativo que plantea Hayek, convendría también no olvidar que un análisis del mismo en lo que respecta a la justicia, descubre de nuevo una proyección insuficiente en este plano. Como ya se ha dicho, para Hayek los tribunales han de tener en cuenta el *nomos*, que es la ley de la libertad, que pertenece a un orden espontáneo, por contraposición al orden organizado, al que pertenecen las normas positivas. Debe anotarse que este orden espontáneo no tiene propósitos, ni intenciones, ni metas; no se ha diseñado por nadie, sino que surgió de forma espontánea de las relaciones de muchas personas. Su funcionamiento es eficaz y es la mejor alternativa para tener una vida individual libre<sup>63</sup>. Nos encontramos, por tanto, con un referente que ha de tenerse en cuenta en los tribunales, y cuya idea de justicia viene caracterizada por la eficacia en cuanto a la consecución de la libertad y el principio de igualdad ante la ley<sup>64</sup>. De nuevo, sin embargo, debe hacerse notar que este marco de justicia no cubre las reivindicaciones de la justicia social<sup>65</sup>. En el fondo, quizá lo más preocupante de este planteamiento sea la forma en la que se fundamenta. Sobre ello nos detendremos más adelante.

## V. EL DESCUBRIMIENTO DE LAS NORMAS

Según algunos estudios, el planteamiento de Hayek tiene parecidos con la tesis del descubrimiento del derecho y de la única respuesta correcta que defiende Dworkin<sup>66</sup>. Como

62 HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 169.

63 DE LA NUEZ, P. "Leyes", cit., p. 138.

64 VELARDE, C. *Hayek*, cit., p. 261.

65 CONILL SANCHO, J. *Horizontes de economía ética*, Madrid, 2004, p. 103.

66 Puede verse SHENFIELD, A. "Hayek y el Derecho", *Revista Libertas*, IV/7, 1987, s. p.; donde tratándose el pensamien-

es sabido, desde esta perspectiva se considera que siempre existirá una respuesta correcta para los casos que se conozcan; una respuesta que previamente forma parte del derecho y que espera a ser descubierta. De esta manera, nunca ha de entenderse que el derecho es indeterminado o incompleto, y quienes juzgan podrán buscar solución a los casos que se planteen recurriendo a los principios<sup>67</sup>. En este esquema, por tanto, no encontramos lugar para la discrecionalidad judicial (al menos considerada en un sentido fuerte<sup>68</sup>), dado que aunque no se disponga de una regla para el caso que se está conociendo, siempre se tendrá un principio para aplicar a aquel<sup>69</sup>. Desde esta perspectiva la labor judicial no consiste en inventar, sino en descubrir los derechos de las partes<sup>70</sup>.

Ciertamente, Hayek asiente con la propuesta de Dworkin, que admite que un sistema de normas se compone de normas y principios<sup>71</sup>. En su propuesta encontramos además un sistema donde el derecho es algo más que el producto que emana del legislativo; una característica que también aparece en el planteamiento de Dworkin, donde quienes juzgan realizan un ejercicio reconstructivo<sup>72</sup>. Además, es cierto que Hayek considera que la labor judicial es de carácter intelectual, y que en ella no pueden entrar emociones, preferencias o simpatías<sup>73</sup>. De este modo, se presenta como una tarea que consiste en descubrir cuando sea necesario, lo no declarado de forma explícita hasta el momento ni por el legislativo, ni por el judicial; una tarea de carácter hermenéutico en el que no hay lugar para la discrecionalidad, entendida ésta como el seguimiento de la voluntad propia y la búsqueda de fines particulares<sup>74</sup>. Los parecidos, no obstante, van más allá. Hayek también se muestra partidario de la única solución correcta, aunque extiende esta afirmación a la mayoría de los casos que puedan presentarse (cabría aquí establecer cierto distanciamiento con Dworkin,

---

to de Hayek sobre el descubrimiento de la ley, se señala que Hart ha utilizado la expresión de "noble sueño", para referirse a aquella tarea. Como es sabido, Hart refiere esa expresión a la tesis de Dworkin. Esta apreciación puede verse en HART, H. L. A. "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño", AA.VV. (Casanovas, P. y Moreso, J. J., eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, 1994, p. 336. Sobre el parecido entre Hayek y Dworkin puede consultarse también BARRY, N. "Dworkin's Unbounded Legalism", *Ideas On Liberty*, 52, 2002, s. p.; MONTOYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado", cit., p. 30.

67 HART, H. L. A. "Una mirada", cit., pp. 342-344.

68 La acepción débil de discreción supone que en la labor judicial han de resolverse los casos desde "la mejor perspectiva posible", si no se encuentra una respuesta que sea clara. Por otra parte, la discrecionalidad en un sentido fuerte, enmarcada en el positivismo, considera que es posible la elección entre perspectivas que se consideran igualmente válidas. Sobre la cuestión RUIZ SANZ, M. *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009, p. 108.

69 PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", *Revista de Estudios Jurídicos*, 10, 2010, pp. 13, 17.

70 DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, 4ª reimpresión, 1999, p. 146.

71 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 2, cit., pp. 55 y 56.

72 Sobre la cuestión en Dworkin RUIZ SANZ, M. *La construcción*, cit., p. 107.

73 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 161.

74 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., pp. 189, 265, 269.

pues decir que existe una respuesta correcta en todo caso, no es lo mismo que decir que en casi todos los casos la hay<sup>75</sup>). Estas son sus palabras<sup>76</sup>:

"Aunque el juez incida en error, aun cuando sea incapaz de descubrir lo que exige la lógica del orden existente, aun cuando no acierte a adoptar la solución atinente al caso que le ha sido sometido, ninguna de tales circunstancias altera el hecho de que ha de resolver un problema para el que, en la mayoría de los casos, no existe más que una solución justa; trátase, en verdad de una tarea en la que ciertamente están de más su «voluntad» y sus reacciones emocionales".

Quizá, en un primer momento, la constatación de que existe una única respuesta correcta para todos –o, de forma más precisa, según Hayek, la mayoría de los– casos, pudiera infundar algunas expectativas en cuanto a la cuestión de la predecibilidad. Sin embargo, no son pocas las reflexiones que podrían plantearse en torno a esta percepción. Al menos en algunas ocasiones<sup>77</sup>, la tesis de la única respuesta correcta nos remitiría a la toma en consideración de los principios para llegar a aquella respuesta. No obstante, a propósito de ello no debe olvidarse que aquellos no son precisos, que pueden no estar escritos, que pueden dar lugar a soluciones que se pueden contradecir, y que no existe un recurso con el que se pueda determinar el peso de los principios en los casos que puedan darse<sup>78</sup>. Si se aceptan estas circunstancias, habrá de reconocerse al tiempo que su aparición conllevará cierta incertidumbre. Así, por ejemplo, ante el supuesto de enfrentamiento entre principios, cabría preguntarse por qué principio se decantará quien juzgue un caso concreto. Ciertamente, en pro de la tesis de la única respuesta correcta podría considerarse que es posible aproximarse a la predicción de la decisión, si se tiene en cuenta que el sistema ofrece determinados referentes para resolver el conflicto, como por ejemplo los valores o los ideales. Sin embargo, tampoco este recurso asegura necesariamente un único itinerario hacia la solución, dado que la misma circunstancia conflictiva recientemente constatada a propósito de los principios, podría también verse reproducida en el ámbito de los valores o los ideales, que podrían encontrarse enfrentados<sup>79</sup>. Dice Hayek que los principios se presentan como un medio para evitar fines en conflicto<sup>80</sup>. Sin embargo, cabría preguntarse acerca de si no puede darse el caso de que existan varios principios para solucionar el conflicto en cuestión. Estas reflexiones

75 ATIENZA, M. "Sobre la única respuesta correcta", AA.VV. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, 2010, p. 59.

76 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol.1, cit., pp. 186, 187.

77 Es cierto que en los casos complejos podrían aparecer problemas como los que se van a señalar, pero no parece que sea esta la nota dominante en la labor judicial. Según Atienza, la labor judicial supone una simplificación, consistente en dar respuesta a problemas bivalentes. Por otro lado, según el mismo autor, algunos testimonios de profesionales en práctica aseguran que no es frecuente encontrarse con casos en los que puedan darse dos soluciones igualmente correctas. ATIENZA, M. "Sobre la única respuesta", cit. pp. 69-71.

78 PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, pp. 118, 122.

79 HART, H. L. A. "Una mirada", cit., p. 340; HART, H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*, México, 2000, p. 59. Sobre la cuestión también MACCORMICK, N. "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", AA.VV. (Betegón, J. y De Páramo, J. R., dir. Y coord.) *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, 1990, p. 21; AARNIO, A. "¿Una única respuesta correcta?", AA.VV. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, 2010, pp. 14, 15.

80 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 71.

podrían ser objeto de réplica. Así, podría decirse que las contradicciones entre principios tienen lugar *prima facie*, pero no si se tienen en cuenta todas las circunstancias, o que la idea de que las tesis morales son incommensurables (es decir, que encuentran fundamentos morales que no pueden balancearse) es errónea<sup>81</sup>. Este punto de vista, no obstante, conlleva reconocer que existe una teoría moral objetiva<sup>82</sup>, y ello, al menos en los casos complicados, tampoco quedaría libre de objeción (en el siguiente apartado presentaremos argumentos que podrían aportarse en apoyo de esta percepción).

Cabría constatar, no obstante, que la propuesta de la única respuesta correcta debe entenderse –aunque no sea cuestión totalmente consensuada– como un ideal, o quizá una aspiración<sup>83</sup>. Como es sabido, a propósito de su tesis Dworkin esgrime el modelo judicial hercúleo<sup>84</sup>. En relación a este punto de vista, quizá sea interesante recordar la siguiente experiencia que propone el propio Dworkin, y que también parece compartirse en determinados momentos en el pensamiento hayekiano<sup>85</sup>. Dworkin nos cuenta que ante un caso difícil, cuatro juristas estuvieron de acuerdo con él en relación a la solución, y cinco se decantaron por la solución opuesta. Sin embargo, aun con ello, Dworkin constata que todas aquellas personas pensaron que había una respuesta correcta para aquel caso<sup>86</sup>. No obstante, este punto de vista no hace, a nuestro entender, más que confirmar los problemas sobre predecibilidad a los que nos referíamos anteriormente.

Abundando en la cuestión que nos ocupa en este apartado, podría pensarse que la propuesta de Hayek, que consiste en descubrir el derecho, aporta más predecibilidad en relación a las decisiones judiciales, en comparación con otras propuestas. Así, podría argumentarse que el hecho de entender que quienes juzgan descubren el derecho en sede judicial, aporta más predecibilidad que la tesis que asegura que la labor de los tribunales es de creación del derecho. Ciertamente, puede haber razón en ello si se tienen en cuenta determinadas propuestas procedentes del realismo jurídico<sup>87</sup>, pero no parece que sea así cuando nos referimos a la creación del derecho en la línea desarrollada por Hart<sup>88</sup>. En este caso entendemos que es complicado establecer grados de diferencia en cuanto a la predecibilidad y, si fuera así, el ejercicio no parece que sea especialmente representativo en términos prácticos (máxime si se recuerda con ello que, como sabemos, Hayek no considera que exista una respuesta correcta para todos los casos). A propósito de ello, no debería

81 Se refiere a estos argumentos ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 2013, p. 578.

82 ATIENZA, M. *Curso*, cit., p. 578.

83 En relación al pensamiento de Dworkin, PÉREZ JARABA, M. D. "Principios", cit., p. 19; AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., p. 15.

84 DWORKIN, R. *Los derechos*, cit., p. 177.

85 Hayek, por ejemplo, señala que en la labor judicial es preciso "resolver a menudo un acertijo que puede tener más de una solución, pero al que en la mayoría de los casos será ya tarea ardua encontrar una sola que satisfaga todas las condiciones exigibles". HAYEK, F. A. *Derecho*, vol.1, cit., pp. 160, 161.

86 DWORKIN, R. *La justicia con toga*, Madrid, 2007, p. 53.

87 Puede verse, por ejemplo FRANK, J. *Derecho e Incertidumbre*, México, 3ª edición, 2001, pp. 91, 92, donde se considera que las decisiones del jurado o de los tribunales se apoyan en *gestalt*, o corazonadas.

88 HART, H. L. A. *El concepto*, cit., p. 169; HART, H. L. A. *Post scriptum*, cit., p. 54.



olvidarse que en esta segunda línea de desarrollo no hay lugar para la arbitrariedad<sup>89</sup>. Hart pone especial cuidado en recalcar esta idea y en dejar constancia de que el margen de maniobra en la labor judicial, a propósito de la cuestión que nos ocupa, tiene límites. En este sentido, conviene reseñar que desde esta perspectiva el poder que tiene lugar en la labor creadora tiene carácter intersticial, y se encuentra limitado por multitud de aspectos de carácter sustantivo<sup>90</sup>. En definitiva, como señalábamos, al menos desde un punto de vista práctico no parece que exista tanta diferencia entre esta propuesta y otras como la que defiende Hayek. A propósito de ello, resulta interesante la apreciación de Prieto Sanchís, cuando dice que la descripción de la labor judicial de Dworkin (que, como ya se ha dicho, es cercana a la de Hayek), no difiere en exceso de la que presenta Hart; el primero habla de unidad de solución justa donde el segundo habla de discrecionalidad judicial<sup>91</sup>.

En cualquier caso, en atención a todo lo dicho debería decirse que si lo que se pretende es conseguir niveles más importantes de predecibilidad, lo que debería hacerse es aportar una teoría que proporcionase más información acerca de cómo se ha de llevar a cabo la labor judicial. En este sentido, quizá sea interesante la reflexión de que la sociedad no necesita una única respuesta correcta, sino que las decisiones estén justificadas de forma racional en la medida de lo posible<sup>92</sup>. Tal propuesta pensamos que encuentra complemento en la idea de ofrecer las herramientas necesarias para argumentar de forma correcta, de tal modo que con su cumplimiento quede aumentada la probabilidad de llegar a una conclusión racional<sup>93</sup>. El recurso a la idea de justicia comúnmente aceptada que aparece en el pensamiento hayekiano, y al que dedicaremos la última parte de este estudio, quizá podría considerarse un aporte en la línea descrita. Sin embargo, como veremos, no son pocas las reflexiones que pueden presentarse a propósito de ello.

## VI. LA IDEA COMPARTIDA DE JUSTICIA

### 1. Un primer acercamiento

La lectura de determinados extractos de *Derecho, legislación y libertad* muestra que para Hayek, la idea compartida de justicia tiene una especial relevancia en el camino hacia la consecución de cotas mayores de predecibilidad. Según el autor, si bien la certeza aumenta cuando las normas jurídicas se encuentran escritas, la predecibilidad de las decisiones judiciales aumentará considerablemente, si quienes juzgan tienen también la obligación de tener en cuenta las ideas de justicia compartidas; incluso aunque éstas no queden respaldadas por el imperio de la ley. En estas circunstancias las decisiones judiciales serán más predecibles, que en aquellos casos en los que se considere que quienes juzgan únicamente tienen en cuenta

89 HART, H. L. A. *Post scriptum*, cit., p. 56.

90 HART, H. L. A. *Post scriptum*, cit., p. 56.

91 PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios*, cit., p. 113.

92 AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., s. p.

93 ALEX, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 2007, pp. 32, 238.

el derecho escrito<sup>94</sup>. De este modo, Hayek solicita que se tengan en cuenta "lo que la gente considera justo", "las ideas generalmente compartidas sobre lo que es justo", "la opinión pública" o "las expectativas generales"<sup>95</sup>.

Quizá desde determinadas perspectivas, el planteamiento de Hayek que ahora consideramos pudiera resultar sugerente. Así, podría considerarse que si los tribunales tienen en cuenta la idea de justicia compartida en la comunidad, deberá entenderse que en buena lógica aquella tendrá una importante herramienta para predecir el fallo judicial, dado que las personas conocen de la idea de justicia presente en su comunidad. Este discurso parece tener buen encaje en la perspectiva asumida desde cierto sector del realismo jurídico norteamericano, que percibe la seguridad desde el punto de vista de la audiencia ajena al derecho. Desde esta perspectiva la seguridad no se encontraría tanto en las normas, que aquellas personas desconocen, sino en una actitud consecuente por parte de quienes juzgan con las expectativas existentes en la sociedad, entre otros aspectos. De este modo, se adopta una concepción dinámica en cuanto a la seguridad jurídica, y no estática<sup>96</sup>. No obstante, a nuestro entender este planteamiento ofrece una percepción un tanto miope del ámbito desde el que debe analizarse el papel de la seguridad. No parece apropiado plantear un análisis de aquella exclusivamente desde la óptica de las personas ajenas al derecho. Por otra parte, el discurso se separa del que defiende Hayek, dado que, entre otras cosas, apenas toma en consideración las normas.

La referencia a la idea compartida de justicia suscita no pocas reflexiones. Un primer acercamiento, nos remite a la cuestión de si es posible llegar a concretar esa idea de justicia compartida en la comunidad. Ciertamente, el discurso podría resultar en un primer momento sugerente, si se percibiese desde una perspectiva kantiana, a partir de la cual pudiera considerarse posible argumentar que quienes juzgan podrán llegar a conocer aquellas leyes universales, válidas tanto para quien juzga, como para el resto<sup>97</sup>. Sin embargo, en el caso de darse por bueno tal planteamiento, cabría apuntar que no es pacífica la cuestión de que el imperativo categórico pueda presentarse como algo evidente en nuestra mente. La vaguedad y falta de concreción de la ley kantiana, invitan a pensar en numerosos ejemplos que podrían cuestionar la idea de que es posible llegar a contenidos universales<sup>98</sup>. Cabría recurrir a la apelación kantiana de aquella persona trascendental, encarnación de la razón, capaz de identificar la razón de las personas reales que coincidiesen. Sin embargo, tal planteamiento se presenta demasiado artificioso<sup>99</sup> y, como el ideal hercúleo, no parece ser especialmente comprometido con las circunstancias reales.

94 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., pp. 182-184; HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., pp. 264, 265.

95 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., pp. 181, 182, 184.

96 SOLAR CAYÓN, J. I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2005, p. 202.

97 KANT, E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, 1951, pp. 488, 489.

98 GARCÍA SAN MIGUEL, L. *Los fundamentos del Derecho (Penúltimos apuntes)*, Madrid, 2004, p. 153.

99 MUGUERZA, J. "Kant y el sueño de la razón", AA.VV. (Thiebaut, C., ed.) *La herencia ética de la ilustración*, Barcelona, 1991, pp. 24, 25.

Efectivamente, no son pocos los testimonios que dejan constancia de la heterogeneidad de nuestras sociedades, y las consecuencias que ello conlleva a la hora de responder a la pregunta de qué se cree que es justo. Como claramente constata Rawls, vivimos en contextos con diferentes concepciones de la justicia<sup>100</sup>; una conclusión a la que se llega también desde puntos de vista diferentes, como el del realismo jurídico de Frank, desde donde se postula una seguridad en un sentido dinámico, en los términos que expresamos anteriormente. Refiriéndose a la creación judicial del derecho, si bien el autor realista entiende de forma positiva la consideración de "la conciencia axiológica de la comunidad", poco después reconoce que en ocasiones no hay sólo una concepción política en la comunidad, sino varias, y que a consecuencia de tales circunstancias quienes juzgan podrán discordar<sup>101</sup>. Una reflexión parecida podría plantearse a propósito de la jurisprudencia sociológica que propone Pound, al que, por cierto, Hayek cita en numerosas ocasiones<sup>102</sup>. Para Pound, las personas que se dedicaban al derecho en su tiempo debían abandonar las concepciones individuales de justicia, y reajustar las relaciones humanas teniendo en cuenta los valores que sean acordes con las "nuevas condiciones sociales". Sin embargo, y como se ha dicho a propósito de este planteamiento, el problema al que se enfrenta es la valoración de los conflictos de intereses<sup>103</sup>.

Cabría señalar, no obstante, que el problema que venimos constatando de alguna forma quedaría solucionado en el planteamiento de Hayek. Recordemos que hace referencia a "las ideas generalmente compartidas sobre lo que es justo", "la opinión pública" o "las expectativas generales". Da la impresión de que con estas expresiones, el autor se está refiriendo a la idea de justicia compartida por la mayoría de las personas de la comunidad. Sin embargo, una interpretación en este sentido también invita a plantear varias reflexiones. Así, podemos considerar el problema de que se pudiera distorsionar la idea comúnmente aceptada de justicia. Pensemos, por ejemplo, en una circunstancia en la que se indujeran regularidades, utilizando para ello los medios de comunicación, y que tales regularidades fuesen finalmente fuente de inspiración de quienes han de juzgar<sup>104</sup> conforme a la idea común de justicia. En tal caso, serían probablemente los intereses de aquellas personas que introdujeron las regularidades, los que se tendrían en cuenta, pero este resultado no sería plausible desde el punto de vista de la justicia. Por otra parte, podríamos preguntarnos si el hecho de que una convicción esté extendida, resulta suficiente para que sea constitutiva de fundamento en la labor judicial. Podría darse el caso de que quienes sostienen aquellas convicciones no las hayan sometido a una comprobación crítica<sup>105</sup>. Cabría además preguntarse

100 RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, México, 1978, pp. 35 y ss.

101 FRANK, J. "Palabras y música. Algunas observaciones sobre la Interpretación de las leyes", AA.VV. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, 1951, pp. 185, 186.

102 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 183; HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 2, cit., p. 55.

103 SOLAR CAYÓN, J. I. *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, 2002, p. 108.

104 HOYO SIERRA, I. A. "Nomos", cit., pp. 126 y 127.

105 ALEX, R. *Teoría*, cit., p. 31. La idea pensamos que también está en DWORKIN, R. *Los derechos*, cit., pp. 206, 207.

qué ocurriría en el caso de que la moral de la comunidad fuera incongruente con respecto al problema que se está tratando de resolver, ¿debería tenerse en cuenta entonces?<sup>106</sup>

Quizá pueda considerarse que los aspectos anteriores pueden encontrar solución en la propuesta que formula Aarnio sobre la mayoría, en un contexto discursivo ideal<sup>107</sup>. Sin embargo, esta opción tampoco queda libre de reservas. A propósito de tal propuesta, Atienza nos propone una situación en la que se pretendiese despenalizar el aborto durante las primeras semanas de embarazo, y en la que la forma de vida más extendida en la comunidad tuviese como uno de sus valores que el aborto es en todo caso inmoral. En tal circunstancia, ¿debería seguirse en los tribunales el criterio de la mayoría, aun cuando se considerase contrario a la moral?<sup>108</sup> Por otra parte, cabría preguntarse además si el hecho de decantarse por la idea de justicia de la mayoría no supone renunciar al argumento de que existe una única respuesta correcta, un presupuesto que, como vimos, Hayek considera válido para la mayoría de los casos. En esta ocasión nos encontraríamos ante la mejor respuesta posible, pero no ante la única correcta<sup>109</sup>. Ciertamente, podría considerarse que cuando Hayek se refiere a la idea compartida de justicia, pudiera estar pensando en aquellos casos en los que para él no existe una única respuesta correcta. Sin embargo, su discurso no ofrece suficientes argumentos para mantener esta postura. Más bien al contrario, en ocasiones da la impresión de que Hayek pretende que se tenga en cuenta la idea compartida de justicia en todo caso<sup>110</sup>; una propuesta que, en el caso de que fuese defendida por el autor, debería asumir también algunas objeciones<sup>111</sup>.

106 Estos aspectos se consideran en DWORKIN, R. *Los derechos*, cit., pp. 203, 207.

107 AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., pp. 36 y ss.

108 ATIENZA, M. "Sobre la única respuesta", cit., p. 75.

109 AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., p. 42. Sobre la cuestión también ATIENZA, M. "Sobre la única respuesta", cit., p. 47.

110 En determinados extractos, da la impresión de que Hayek está atribuyendo un carácter permanente a la búsqueda de la idea compartida de justicia. El autor señala que quienes juzgan siempre pretenden resultados justos. HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., pp. 182-184; HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 265 (no obstante, su planteamiento en este punto no parece claro, dado que en alguna ocasión se refiere a quienes han aplicado la norma de forma directa). Hayek constata además que en la realidad, quienes juzgan tienen una intuición entrenada que conduce continuamente a resultados justos, o a tener en cuenta si las normas se encuentran en conflicto con la justicia. HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 183. Cabría además señalar que esta percepción vendría avalada también por la crítica de Hayek al individualismo cartesiano que consideraremos después, fundada en la ignorancia humana y, en consecuencia, en la visión miope que para el autor ofrece la labor deductiva (sobre estas críticas de Hayek MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. p. 62.) La percepción que consideramos parece estar también presente en algún estudio sobre el pensamiento jurídico del autor, donde se ha considerado que en aquel la certeza en cuanto a las normas escritas no es absoluta, dado que, entre otras cosas, aquella certeza queda diluida en la interpretación subjetiva que hace la persona que juzga a la hora de tomar una decisión. HERRÁN ALONSO, J. C. *El orden jurídico de la libertad. La aportación de F. A. Hayek al estudio del Derecho*, Madrid, 2010, p. 124.

111 La solicitud de tener en cuenta en todo caso la idea compartida de justicia, parece que conlleva realizar en todo caso un ejercicio de interpretación. Si esta percepción del pensamiento hayekiano es acertada, debe señalarse que la interpretación no guarda una relación directa con la aplicación de la norma, sino que supone una relación entre reglas; la que se explica y la que explica. MARMOR, A. *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 198. De este modo, no estamos ante un elemento que sea inherente a la aplicación. Es posible comprender, por tanto una regla sin más y aplicarla de forma directa, aunque, desde luego, en buen número de casos sea necesario recurrir a la interpretación. MARMOR, A. *Interpretación*, cit., p. 198. Ciertamente, aunque las

Por último, cabría también preguntarse acerca de la posibilidad de que la comunidad pudiera contrariar, con su idea de justicia asumida por la mayoría, los presupuestos del orden espontáneo que tanta importancia tiene en el pensamiento hayekiano. Quizá un ejemplo nos ayude a exponer más claramente esta idea. Conocido es el voto particular del juez Oliver Wendell Holmes en el caso *Lochner v. New York*, en relación al rechazo de leyes que perseguían redistribuir la riqueza, intervenir mediante la regulación en las operaciones empresariales, fijar de salarios mínimos y jornadas laborales y otros objetivos de carácter social. Como es sabido, Holmes discrepó de aquella opinión, tomando como fundamento el argumento de que el fallo de inconstitucionalidad de aquellas leyes derivaba de la asunción de una teoría económica que buena parte del país no aceptaba<sup>112</sup>. Sin embargo, en esta ocasión, el hecho de atender a aquella idea de justicia existente en la comunidad, que consideramos contraria a la vía marcada por los principios subyacentes en el juicio de inconstitucionalidad de aquellas leyes (recordemos que detrás de ello se encuentra el fundamento de preservar la esencialidad de la libertad<sup>113</sup>), ¿no se enfrenta al ideal de libertad del que es partidario Hayek?

## 2. Una interpretación desde el orden espontáneo

Como hemos tratado de exponer en el apartado anterior, la solicitud de tener en cuenta la idea compartida de justicia, la opinión pública o el parecer general en sede judicial, con el fin de hacer posible mayores grados de predecibilidad, podría ser objeto de varias reservas de diferente tipo. Pensamos, no obstante, que el discurso del Hayek en este punto podría interpretarse de forma diferente, considerando que en la cuestión que nos ocupa, aunque no precisamente con la claridad que fuera deseable<sup>114</sup>, el autor está solicitando que en la labor judicial se tengan en cuenta las normas del orden espontáneo. Las expresiones que consideramos al comienzo del apartado anterior no parecen invitar a desarrollar una interpretación en este sentido. Sin embargo, en otras ocasiones las palabras del autor sí que hacen factible un punto de vista como el que ahora proponemos. Así, por ejemplo, cuando después de referirse a la cuestión que nos ocupa, señala que en los tribunales se pretende mantener y mejorar un orden dinámico, que no obedece al designio de nadie<sup>115</sup>, o cuando constata que en la labor judicial han de llenarse las lagunas existentes mediante el

---

reglas no dan soluciones a todos los casos (PECES-BARBA, G. *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, 2010, p. 320), la subsunción es posible sin necesidad de fases argumentativas y sin necesidad de recurrir a las razones subyacentes, en aquellos casos en los que nos encontramos con reglas con autonomía semántica (RUIZ MANERO, J. "Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta", AA.VV. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009, p. 102). Efectivamente, es posible que no sea necesario inventar ni crear un significado de la norma, pudiéndose tener en cuenta el sentido propio de las palabras (ZAPATERO, V. *El arte de legislar*, Pamplona, 2009, p. 362); si bien es cierto que estos supuestos tendrán desde luego un alcance considerablemente limitado (LAPORTA, F. J. *El imperio*, cit., p. 206).

112 Sobre el caso y otros detalles del mismo SOLAR CAYÓN, J. I. "Traducción y estudio preliminar", en WENDELL HOLMES, O. *La senda del derecho*, Madrid, 2012, pp. 40 y ss.

113 SOLAR CAYÓN, J. I. "Traducción", cit., p. 43.

114 Quizá en este punto resulte interesante recordar la crítica de MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. pp. 65, 89, de que la distinción entre órdenes que establece Hayek no es tan nítida cuando tenemos en cuenta la realidad.

115 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 185.

recurso a principios todavía no fijados, y que además existe libertad para dejar a un lado el derecho escrito, en el caso de que el sentido literal de la norma conduzca a una situación injusta. En tales casos, prosigue Hayek, los tribunales tienen libertad para encontrar una norma que no esté escrita, que justifique la solución y que pueda merecer posiblemente el consenso de la comunidad<sup>116</sup>. Lo cierto es que tal propuesta guarda cierto parecido con la que propone Aarnio a propósito del principio de las mayorías que consideramos anteriormente ("Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar una solución y una justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación")<sup>117</sup>. Sin embargo, como veremos, la asunción del punto de vista que ahora presentamos supone diferencias importantes.

Abundando en la línea argumentativa que nos ocupa, y recurriendo al esquema epistemológico de Hayek, habría que entender que lo que está solicitando el autor es extraer la idea compartida de justicia de los comportamientos regulares que se observan en la sociedad. Así, al menos pensamos que ha de entenderse, si somos consecuentes con el esquema racionalista evolutivo del autor. Se trataría, por tanto, de llegar a determinar aquellos valores que dan sentido a los comportamientos, una apuesta que se separa de otras más exclusivamente empíricas, derivadas del realismo jurídico escandinavo (sería, por ejemplo, el caso de Olivercrona), que perciben el conocimiento del derecho en base a la descripción –no análisis de valores que subyacen en– de ciertas regularidades<sup>118</sup>.

Ciertamente, puede pensarse que la propuesta de Hayek, consistente en el descubrimiento de los valores mediante la observación, ofrece un itinerario interesante que puede contribuir a la predecibilidad. Sin embargo, la asunción de este segundo punto de vista suscita algunas reservas. La cuestión se torna compleja, si se tienen en cuenta los factores que pueden influir en las conductas de las personas que, a su vez, según la propuesta expuesta, servirán a los tribunales para descubrir los valores subyacentes a aquellas. Según la antinomia kantiana de la causalidad y la libertad, hemos de entender que en parte, somos seres naturales y sociales, influidos, por tanto por causalidades de diferente tipo, y también seres racionales<sup>119</sup>. De ello cabría entender que detrás de nuestras conductas no siempre tienen por qué subyacer un contenido moral. A propósito de esta cuestión, quizá sea interesante la tipología que establece Weber cuando se refiere a las reglas que rigen la vida social. Este autor considera la regla como relación causal, la regla como juicio de valor y la máxima (la eficacia de esta última se basa en generalizaciones empíricas que descubre la persona)<sup>120</sup>. Cabría entender, por tanto, que detrás de las regularidades pueden encontrarse varias causas. De este modo, el hecho de saludar, por ejemplo, puede ser el resultado de

116 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 184.

117 AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., p. 44.

118 SANTANATOGLIA, E. M. "La teoría jurídica de Friedrich A. Von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica", *Revista de Análisis Institucional*, 2, 2008, p.174.

119 MUGUERZA, J. "Kant", cit., p. 20.

120 WEBER, M. "La «superación» de la concepción materialista de la historia de Stammler", (Rodríguez Martínez, J., ed. y trad.) *Crítica a Stammler y otros textos*, Madrid, 2009, pp. 108, 109, 112, 113.

seguir un hábito, de evitar una sanción social o de pensar que no es propio de la persona que actúa no seguir dicha regla convencional. Si esto es así, cabría entender que la propuesta hayekiana consistente en descubrir la solución en base a la observación, deberá enfrentarse a cuestiones tales como la que nos invita a reflexionar hasta qué punto puede considerarse la regularidad observada un resultado de una norma moral.

Sin embargo, no creemos que pueda decirse que Hayek no tiene en cuenta las cuestiones apuntadas. En definitiva, el reconocimiento del orden espontáneo supone la asunción de una versión sociológica de la ley natural, una versión con la que Hayek se distancia de la tradición iusnaturalista, caracterizada por el cognitivismo, que admite que es posible establecer el contenido de la ley<sup>121</sup>. El esquema epistemológico que presenta Hayek resulta más complejo. Para el autor las estructuras sociales no son observables, sino que en todo caso se trata de construcciones elaboradas por nuestra mente. Ello supone que las estructuras sociales únicamente se pueden percibir partiendo del esquema mental que muestra "la conexión entre algunos de los muchos hechos individuales que podemos observar"<sup>122</sup>. Tal postura se enfrenta al positivismo de Comte o al historicismo marxista, desde donde se reconoce la posibilidad de descubrir sin dificultad leyes de desarrollo de los conjuntos sociales<sup>123</sup>; y se acerca a planteamientos como el de Weber o Popper, que forman parte de la tradición del individualismo<sup>124</sup> que caracteriza la propuesta hayekiana. Este individualismo debe diferenciarse de aquel en el que juega un papel protagonista el racionalismo cartesiano, propio de la filosofía enciclopedista o la de Rousseau<sup>125</sup>. Desde el punto de vista hayekiano la razón tiene un papel limitado, la persona ha conseguido lo que ha conseguido, sólo en parte, por la razón. Por otra parte, el individualismo cartesiano sí que otorga confianza a los poderes de la razón<sup>126</sup>.

La asunción del planteamiento anterior parece abrir de par en par las puertas a la quiebra del modelo hayekiano, dado que a consecuencia de aquel, debería asumirse que el ser humano no está capacitado para realizar previsiones<sup>127</sup>. Sin embargo, la circunstancia anterior no impide a Hayek reconocer –no sin infundir una sensación de cierta inconsistencia para quien sigue su planteamiento– que es posible obtener ciertos niveles de predecibilidad. Refiriéndose al *nomos*, el autor considera la existencia de determinadas normas comunes, en las que podría quedar reflejado cierto grado de asentimiento de una comunidad a propósito de determinados temas<sup>128</sup>. No negamos que puedan darse circunstancias en las que tenga

121 MONTOYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado", cit., p. 30.

122 HAYEK, F. A. *La contrarrevolución de la ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Madrid, 2003 p. 93.

123 ANTISERI, D. "Prefacio", en HAYEK, F. A. *La contrarrevolución de la ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Madrid, 2003, pp. 15-17.

124 ANTISERI, D. "Prefacio", en HAYEK, F. A. *Individualismo: el verdadero y el falso*, Madrid, 2009, p. 38.

125 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., pp. 51, 52.

126 HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., p. 57.

127 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit., p. 90.

128 HAYEK, F. A. *Derecho*, vol. 1, cit., p. 153. En otro lugar el autor considera que es posible lograr grados importantes sobre la previsibilidad de los comportamientos de las demás personas, si se observan normalmente las tradiciones y costumbres. HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., pp. 76 y 77.

lugar la afirmación de Hayek. Ciertamente, cabría señalar que aunque con este esquema no sea posible prever todo, sí que se podrían predecir modelos generales de los hechos sociales<sup>129</sup>, hechos que, en definitiva, encuentran su origen en el orden espontáneo. Sin embargo, la propuesta no parece superar determinados test de funcionalidad relativos a la labor judicial y, en definitiva, a la predicción de los resultados de aquella. A propósito de la posibilidad de objetivar valoraciones, Alexy se refiere a la cuestión de tener que ajustarse a los valores de la colectividad, y en relación a la misma presenta algunas objeciones muy interesantes para la cuestión que ahora nos ocupa. Así, considera que aquellos valores no podrán determinarse exactamente en muchas circunstancias. Es más, incluso ni el recurso a las ciencias sociales será en muchos casos suficiente, dado que con él se obtendrán respuestas que no tendrán la concreción deseable. Para que tal método fuera efectivo en el campo de análisis que nos interesa, la comunidad tendría que estar relacionada con todos los casos concretos que se decidiesen<sup>130</sup>. Efectivamente, puede decirse que la aceptación de una norma aumenta a medida que aumenta también el nivel de generalización de aquella<sup>131</sup>. Pero la argumentación contextual (en la que se tiene en cuenta todo) de un valor *prima facie*, dispersa a la audiencia en audiencias particulares que, a su vez, discrepan en cuestiones de valores<sup>132</sup>.

El análisis del planteamiento hayekiano desde el punto de vista sugerido en este apartado, supondría también una crítica al voto particular del juez Holmes. Quizá, a propósito del mismo, Hayek habría dicho que votos como aquel se exceden de las funciones judiciales, dado que no se fijan en si la legislación infringe principios generales, escritos o no, sino en si los fines de la legislatura son deseables<sup>133</sup>. Esta idea parece quedar confirmada cuando el autor, centrándose en un periodo posterior (el de la crisis de los años treinta), comparte el argumento de un documento en el que se dice que el Tribunal Supremo se estaba subordinando "a la presión de la opinión pública del momento, lo cual pudiera significar la pasión de la chusma, ajena a consideraciones más claras y duraderas"<sup>134</sup>. Efectivamente, es probable que Hayek hubiera visto en aquel voto de Holmes una decisión marcada por principios utilitaristas que rechaza<sup>135</sup>. Para él habría que atender no al anterior objetivo, sino en un acercamiento a la postura kantiana, a la consecución de la libertad<sup>136</sup>. La asunción de este razonamiento nos

129 Sobre esta cuestión DE LA NUEZ, P. "Leyes", cit., p. 141; SANTANATOGLIA, E. M. "La teoría", cit., p. 158.

130 ALEXY, R. *Teoría*, cit., pp. 30 y 31.

131 Sobre estas ideas AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., p. 23.

132 AARNIO, A. "¿Una única respuesta?", cit., p. 24.

133 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 236. Sobre la cuestión también HAYEK, F. A. *Individualismo*, cit., pp. 71, 72.

134 HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., p. 239.

135 Sobre esta circunstancia SOLAR CAYÓN, J. I. *Política*, cit., 2002, p. 108. Sobre la crítica de Hayek al utilitarismo HAYEK, F. A. *Los fundamentos*, cit., pp. 191, 199, 217. A propósito de esta cuestión, pueden verse también las interesantes notas que proporciona LLOREDO ALIX, L. M. *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, 2012, pp. 382. En el rechazo de aspectos utilitaristas pensamos que podría verse también un parecido con Dworkin, cuando dicho autor considera que quienes juzgan no han de tener en cuenta las políticas utilitarias. Sobre esta cuestión en Dworkin PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios*, cit., p. 120. Sobre la impugnación del instrumentalismo en el pensamiento dworkiniano, y acerca del reflejo de esta idea en Hayek, puede verse también LLOREDO ALIX, L. M. *Rudolf*, cit., p. 493.

136 Sobre utilitarismo y kantianismo en Hayek puede verse MONTOYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado", cit., p. 24.



lleva a reconsiderar la solicitud de buscar la idea compartida de justicia en sede judicial en los siguientes términos. Desde este punto de vista, pensamos que habría que entender que Hayek no está solicitando que en sede judicial se descubra lo que la comunidad considera como justo, o lo que la mayoría de aquella considera justo, sino la justicia de lo que él entiende como orden espontáneo o, a lo más, la respuesta que pueda encontrarse en aquel orden espontáneo, con la que pueda estar más de acuerdo la comunidad. Ciertamente, no parece que este planteamiento sea el recurso más idóneo para conseguir cotas importantes de predecibilidad. En cualquier caso, y aun cuando pudiera verse algún intersticio de luz en este sentido, quedaría todavía una importante cuestión de fondo para la reflexión.

La asunción de una postura como la expuesta debería presuponer la existencia de una fuerte fundamentación detrás del orden espontáneo; a fin de cuentas, nos estamos refiriendo al orden de justicia que, según Hayek, debe tomarse como referencia en sede judicial. Sin embargo, las explicaciones en este sentido quedan lejos de ser complacientes. Por una parte, encontramos el argumento de la funcionalidad. Sin embargo, esta justificación no se corresponde con el carácter no intencional del orden espontáneo<sup>137</sup>, y resulta obligadamente parcial; dado que como sabemos, Hayek no se muestra partidario del utilitarismo. Por otro lado, encontramos el argumento de la "mano invisible"<sup>138</sup>, pero a lo más, ésta no justifica reglas, sino resultados<sup>139</sup>; resultados que, por cierto, como se viene constatando en diferentes momentos de la historia, quedan muy lejos de ser satisfactorios<sup>140</sup>. Ciertamente, el orden espontáneo es una interpretación del sistema de libertad de Adam Smith, consistente, de un lado en una ética del interés individual, y del otro, en la presuposición de una armonía, donde de la búsqueda del interés propio resulta el bien general<sup>141</sup>. Desde este punto de vista, por tanto, el esfuerzo en beneficio propio, no por la sociedad, redundaría en beneficio de aquella<sup>142</sup>. Conviene decir que nos encontramos ante una suposición presente en el Smith profético, una ficción que retoma Hayek, quien, a su vez, no ofrece una demostración mejor que la de aquel a la hora de explicar la emergencia de dicho orden<sup>143</sup>. Una buena argumentación en esta línea debería aportar evidencias empíricas, pero no es este el caso<sup>144</sup>. En el fondo, a la hora de fundamentar la emergencia del *nomos*, únicamente encontramos un constructo en base al cual se desarrolla una teoría<sup>145</sup>; en definitiva, un juicio o convicción, pero no la constatación de aspectos objetivos capaces de explicar aquella emergencia<sup>146</sup>.

137 MONTÓYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado", cit., p. 29.

138 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit., pp. 60, 63.

139 MONTÓYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado", cit., p. 29.

140 Sobre ello MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. p. 67; STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, Barcelona, segunda edición, 1995, p. 65; LINDBLOM, C. E. *El sistema de mercado*, Madrid, 2002, pp. 16, 23.

141 CONILL SANCHÓ, J. *Horizontes*, cit., pp. 101, 102.

142 SMITH, A. *La riqueza de las naciones*, Madrid, primera reimpresión, 2013, p. 552.

143 MINC, A. *Los profetas*, cit. pp. 34, 157.

144 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. p. 67.

145 MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek", cit. pp. 67, 90.

146 HOYO SIERRA, I. A. "Nomos", cit., p. 104.

## VII. CONCLUSIONES

En la idea de Estado de Derecho que presenta Hayek, la predecibilidad de las decisiones de los órganos públicos desempeña un papel importante. Para que aquella sea posible, según el autor son necesarias las propuestas que han sido objeto de análisis crítico en este estudio: evitar la vaguedad en los textos normativos, y tener en cuenta en sede judicial la idea compartida de justicia. En cuanto a la primera recomendación, conviene anotar que detrás de ella parece estar la idea de que la planificación estatal –a la que es contrario Hayek– conduce a la vaguedad normativa. Esta apreciación, no obstante, debe enfrentarse al reconocimiento de intervenciones mínimas por parte del autor (en definitiva, ¿no está con ello reconociendo cierto grado de vaguedad, si se sigue la idea expuesta?), y a la pregunta de a partir de qué punto la planificación conlleva vaguedad, dado que no parece que exista una relación necesaria. Sin embargo, las reflexiones en torno a este primer planteamiento van más allá. Aunque la defensa de la recomendación es muy plausible, cabría preguntarse si la solicitud de evitar la vaguedad normativa aporta en todo caso buenos resultados en el ámbito de la predecibilidad (la cuestión cobra especial relevancia, si se acepta que Hayek propone una condena en términos generales de la vaguedad). Son numerosos los argumentos que invitan a dar una respuesta negativa. Así, la experiencia demuestra que las leyes claras y precisas han dado como resultado una vaguedad pragmática desmedida en el ámbito de aplicación de las normas. Quizá pueda pensarse que argumentos de este tipo se separan del plano en el que Hayek desarrolla su propuesta, que es el del "deber ser". Desde este punto de vista se consideraría que para hacer posible la predecibilidad, las normas no han de ser vagas y se han de aplicar. La casuística, sin embargo, muestra que la puesta en práctica de este esquema obvia reflexiones sobre la justicia que conviene tener en cuenta.

En atención a lo anterior, quizá pudiera decirse que el planteamiento hayekiano no se encuentra en sintonía con la justicia. Sin embargo, una interpretación consistente del pensamiento jurídico del autor, descubre que no sería correcto decir que no tiene en cuenta esta cuestión. En su pensamiento la idea de justicia está presente en las características formales de las normas, tales como la generalidad, que evita la elaboración de leyes opresivas. Sin embargo, este argumento ofrece un concepto de opresión restringido, que obvia importantes contenidos de la libertad y la igualdad. Por otra parte, extrapolando el argumento a la recomendación de evitar la vaguedad, convendría recordar la crítica de que la puesta en práctica de aquella podría ser compatible con una tremenda iniquidad, y que tampoco sería suficiente para dar lugar a las reflexiones sobre la justicia a las que nos referíamos anteriormente. No obstante, el discurso de Hayek en relación a la justicia no se agota en este punto. En aquel se consideran las normas positivizadas, pero también un derecho más allá de aquellas, es decir, el *nomos* que pertenece a un orden espontáneo, y que ha de tenerse en cuenta en sede judicial. Sin embargo, por una parte este desarrollo parece conducir al déficit en la predecibilidad que trataba de evitarse con la solicitud de evitar la vaguedad en las normas, y por otra parte resulta criticable dado que no alcanza a las reivindicaciones de la justicia social.

El planteamiento de Hayek guarda ciertos parecidos con la tesis del descubrimiento del derecho y de la única respuesta correcta –para la mayoría de los casos en el discurso hayekiano– de Dworkin. Aunque ello pudiera infundir *a priori* algunas expectativas en cuanto a la predecibilidad, la constatación de circunstancias tales como posibles conflictos entre principios o valores contribuyen a deshacer aquella percepción. Conviene señalar además que la asunción de la propuesta de la única respuesta correcta como un ideal o una aspiración, confirma a fin de cuentas los problemas que puede plantear aquella en el campo de la predecibilidad. Por otra parte, quizá pueda pensarse que la tesis del descubrimiento del derecho resulta más sugerente en lo que respecta a la predecibilidad, que aquella que se refiere a la creación del derecho. Sin embargo, al menos analizada esta segunda tesis desde la perspectiva hartiana, en el ámbito práctico no parece que existan diferencias relevantes. Si lo que se pretende es obtener niveles mayores de predecibilidad, quizá sea más interesante plantear una teoría acerca de cómo debe llevarse a cabo la labor judicial.

La recomendación hayekiana de tener en cuenta la idea de justicia comúnmente aceptada, quizá en un principio pudiera considerarse una contribución a la propuesta bosquejada al final del párrafo anterior. Sin embargo, no son pocos los argumentos que se enfrentan a esta percepción. Por una parte, la heterogeneidad de nuestras sociedades puede dificultar la respuesta a la pregunta de lo que se ha de entender como idea compartida de justicia. Podría pensarse, no obstante, que lo que el autor está solicitando es que se tenga en cuenta la idea de justicia compartida por la mayoría, pero este cauce tampoco está exento de dificultades. Con él se pone en cuestión la afirmación de que existe una única respuesta correcta, pero también debe enfrentarse a las siguientes circunstancias: la idea común de justicia podría estar distorsionada, ser incongruente con respecto al problema que se trata, contraria a la moral según el criterio de los tribunales, o incluso al orden espontáneo. Es cierto, no obstante, que el pensamiento del autor pudiera interpretarse desde este último contexto, afirmando entonces que para él los tribunales han de tener en cuenta las normas del orden espontáneo. Desde este punto de vista, en principio habría que entender que la idea compartida de justicia debe extraerse de los comportamientos regulares existentes en la sociedad, pero esta perspectiva debe enfrentarse a la cuestión de hasta qué punto las regularidades observables son el resultado de normas morales. No parece que Hayek fuese ajeno a apreciaciones de este tipo, como así lo prueba el papel limitado que atribuye a la razón. Pero la asunción de esta postura se enfrenta a las ventajas que considera el autor a propósito de la predecibilidad, a la hora de recomendar que se tenga en cuenta la idea compartida de justicia. Podría decirse, no obstante, que en ocasiones sí que es posible la predicción de modelos generales de los hechos sociales, con origen en el orden espontáneo. Ello, sin embargo, encuentra réplica en el argumento de que aunque pueda observarse mayor aceptación de una norma a medida que aumenta su generalización, la argumentación contextual, donde todo se tiene en cuenta, suscita discrepancias. En todo caso, este planteamiento cuyo basamento principal es el orden espontáneo, debería contar con una fundamentación de aquel a la altura de su relevancia en el discurso hayekiano. Sin embargo, las expectativas sobre esta cuestión quedan disipadas al comprobar que en este punto, únicamente encontramos la convicción o juicio del autor.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. "¿Una única respuesta correcta?", AA.VV. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, 2010.
- ALEX, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 2007.
- ANTISERI, D. "Prefacio", en HAYEK, F. A. *Individualismo: el verdadero y el falso*, Madrid, 2009.
- ANTISERI, D. "Prefacio", en HAYEK, F. A. *La contrarrevolución de la ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Madrid, 2003.
- ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M. "Sobre la única respuesta correcta", AA.VV. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, 2010.
- BARRY, N. "Dworkin's Unbounded Legalism", *Ideas On Liberty*, 52, 2002, s. p.
- BOBBIO, N. *Teoría general de la política*, Madrid, 2003.
- CALDWELL, B. "Los cincuenta años de *Los fundamentos de la libertad*", *Estudios públicos*, 120, 2010, pp. 31-47.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F. "Los paradigmas de redacción normativa como medio para alcanzar la seguridad: ¿una apuesta segura?", *Ius Humani. Revista de Derecho*, 3, 2012/2013, pp. 189-219.
- CONILL SANCHO, J. *Horizontes de economía ética*, Madrid, 2004.
- CROSS, R. y HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho inglés*, Madrid, 2012.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Madrid, 2009.
- DE LA NUEZ, P. "Leyes y conocimiento en la teoría jurídica hayekiana: la ley como resultado de la ignorancia y falibilidad humanas", AA.VV. (Sánchez de la Torre, A. y Hoyo Sierra, A., eds.) *Textos jurídicos y contextos sociales en F. A. Hayek*, Madrid, 2011.
- DWORKIN, R. *La justicia con toga*, Madrid, 2007.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, 4ª reimpresión, 1999.
- ENDICOTT, T. A. O. *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho", AA.VV. (López García, J. A. y Del Real, J. A., eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, 2000.
- FRANK, J. *Derecho e Incertidumbre*, México, 3ª edición, 2001.
- FRANK, J. "Palabras y música. Algunas observaciones sobre la Interpretación de las leyes", AA.VV. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, 1951.
- FULLER, L. L. *Anatomía del derecho*, [Caracas], 1969.
- FULLER, L. L. *La moral del derecho*, México, 1967.
- GALIANA SAURA, A. *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, 2003.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L. *Los fundamentos del Derecho (Penúltimos apuntes)*, Madrid, 2004.
- GARRIDO GÓMEZ, M<sup>a</sup>. I. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, 2009.
- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, 1961.
- HART, H. L. A. "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño", AA.VV. (Casanovas, P. y Moreso, J. J., eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, 1994.

- HART, H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*, México, 2000.
- HAYEK, F. A. *Camino de servidumbre*, Madrid, 1978.
- HAYEK, F. A. *Derecho, legislación y libertad*, vol. 1. Normas y orden, Madrid, 1978.
- HAYEK, F. A. *Derecho, legislación y libertad*, vol. 2. El espejismo de la justicia social, Madrid, 1979.
- HAYEK, F. A. *Individualismo: el verdadero y el falso*, Madrid, 2009.
- HAYEK, F. A. *La contrarrevolución de la ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Madrid, 2003.
- HAYEK, F. A. *La fatal arrogancia*, Madrid, 1990.
- HAYEK, F. A. *Libertad bajo la ley*, s. l., 1991.
- HAYEK, F. A. *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, 1991.
- HERRÁN ALONSO, J. C. *El orden jurídico de la libertad. La aportación de F. A. Hayek al estudio del Derecho*, Madrid, 2010.
- HOYO SIERRA, I. A. "Nomos: la ley de la libertad en el pensamiento de F. A. Hayek", AA.VV. (Sánchez de la Torre, A. y Hoyo Sierra, I. A., eds.) *Textos jurídicos y contextos sociales en F. A. Hayek*, Madrid, 2011.
- KANT, E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, 1951.
- KLEIN, N. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, 2007.
- LAPORTA, F. J. "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", AA.VV. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009.
- LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007.
- LAPORTA, F. J. "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", *Doxa*, 15-16, 1994, pp.133-145.
- LINDBLOM, C. E. *El sistema de mercado*, Madrid, 2002.
- LLOREDO ALIX, L. M. *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, 2012.
- MACCORMICK, N. "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", AA.VV. (Betegón, J., De Páramo J. R., dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, 1990.
- MARMOR, A. *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, 2000.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "F. Hayek: el retorno del viejo espíritu liberal", AA.VV. (García Amado, J. A., coord.) *El derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, 2001.
- MINC, A. *Los profetas de la felicidad. Una historia personal del pensamiento económico*, Barcelona, 2005.
- MONTÓYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. "Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 13-31.
- MORESO, J. J. "Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)", *Doxa*, 24, 2001, pp. 525-545.
- MUGUERZA, J. "Kant y el sueño de la razón", AA.VV. (Thiebaut, C., ed.) *La herencia ética de la ilustración*, Barcelona, 1991.
- NAVARRO FRÍAS, I. "El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios", *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 2, 2010, pp. 1-33.
- PECES-BARBA, G. *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, 2010.

- PECES-BARBA, G. "Legitimidad del poder y justicia del Derecho", AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2ª edición, 2000.
- PÉREZ JARABA, M. D. "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", *Revista de Estudios Jurídicos*, 10, 2010, pp. 1-24.
- PRIETO DE PEDRO, J. "Lenguaje jurídico y Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, pp. 111-129.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992.
- RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, México, 1978.
- RUIZ MANERO, J. "Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta", AA.VV. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009.
- RUIZ SANZ, M. *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009.
- SANTANATOGLIA, E. M. "La teoría jurídica de Friedrich A. Von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica", *Revista de Análisis Institucional*, 2, 2008, pp. 113-187.
- SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYESEKERE, N. *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, 2001.
- SHENFIELD, A. "Hayek y el Derecho", *Revista Libertas*, IV/7, 1987, s. p.
- STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, Barcelona, segunda edición, 1995.
- SMITH, A. *La riqueza de las naciones*, Madrid, primera reimpresión, 2013.
- SOLAR CAYÓN, J. I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2005.
- SOLAR CAYÓN, J. I. *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, 2002.
- SOLAR CAYÓN, J. I. "Traducción y estudio preliminar", en WENDELL HOLMES, O. *La senda del derecho*, Madrid, 2012.
- VELARDE, C. *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*, Madrid, 1994.
- WEBER, M. "La «superación» de la concepción materialista de la historia de Stammler", (Rodríguez Martínez, J. ed. y trad.) *Crítica a Stammler y otros textos*, Madrid, 2009.
- YOWELL, P. "Legislación, common law, y la virtud de la claridad", *Revista Chilena de Derecho*, 39/2, 2012, pp. 481-512.
- ZAPATERO, V. *El arte de legislar*, Pamplona, 2009.
- ZAPATERO, V. "El arte ilustrado de legislar", en BENTHAM, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2004.